

## **FAUT-IL OUVRIR LES PORTES DE LA CONSTITUTION AU PATRIMOINE ?**

**Par Bruno Daugeron,**

*Professeur de droit public à l'Université Paris Descartes*

L'après-midi qui nous réunit est placé sous le thème de l'accès au juge, thème désormais classique du droit sous influence européenne et à reconnaissance constitutionnelle<sup>1</sup>. Mais pour classique que soit cette question, elle n'en peut pas moins être prise sous plusieurs angles qui permettent à la fois d'en montrer la richesse mais aussi la complexité. Celui, bien connu, de l'accès des plaideurs, n'est qu'un préalable à un autre problème : l'accès aux normes, autrement dit quelles normes peuvent être invoquées devant quel juge ? Un colloque récent portant sur *Droit public et patrimoine* organisé au début de l'année 2018 par le Conseil d'Etat a entendu montrer le rôle joué par la juridiction administrative dans les questions juridiques patrimoniales et notamment l'accueil qui était réservé aux plaideurs et la politique jurisprudentielle de la juridiction administrative en ce domaine. Mais il n'a pas abordé la question du mouvement profond dit de « constitutionnalisation des branches du droit »<sup>2</sup> identifié depuis bientôt une cinquantaine d'années, c'est-à-dire depuis l'essor du Conseil constitutionnel, ni celle de savoir si et comment le droit du patrimoine avait été touché.

Notion plus ambiguë qu'elle n'est souvent présentée et aux résultats plus ambivalents qu'on ne le dit d'ordinaire<sup>3</sup>, la constitutionnalisation n'en est pas traditionnellement présentée comme « le processus jurisprudentiel d'accumulation de normes constitutionnelles et de diffusion de ces normes dans l'ordre juridique » selon la définition de Louis Favoreu qui en était l'artisan convaincu. Si l'on suit cette définition qui suppose toutefois que l'on sache

---

<sup>1</sup> Comme l'a encore récemment rappelé le Conseil constitutionnel dans sa décision 2017-672 QPC Cons 6. « Le droit des personnes à exercer un recours juridictionnel effectif comprend celui d'obtenir l'exécution des décisions juridictionnelles ».

<sup>2</sup> Sur cette notion, v. M. Disant, « La constitutionnalisation du droit. Le mot, les choses et la situation générale », in P. Blachère, *La Constitution de la Ve République. 60 ans d'application*, LGDJ/Lextenso, 2018, p. 519-536.

<sup>3</sup> Pour un bilan critique, on consultera avec profit le dernier numéro de la revue électronique *Jus politicum* consacrée à *La jurisprudence du Conseil constitutionnel et les différentes branches du droit*, juillet 2018, [http://juspoliticum.com/uploads/jp20-21\\_ebook.pdf](http://juspoliticum.com/uploads/jp20-21_ebook.pdf)

exactement à quoi renvoie un « processus jurisprudentiel d'accumulation de normes constitutionnelles » et que l'on considère que ledit processus épuise à lui seul le concept de « constitutionnalisation », on peut constater en effet que les différentes branches du droit ont été touchées par la jurisprudence constitutionnelle en ce qu'elles ont été soumises aux normes tirées du texte de la Constitution telles qu'issues de l'interprétation du Conseil constitutionnel. Les dispositions du droit civil des obligations ou de la famille, du droit commercial et des affaires, du droit administratif ou encore du droit fiscal se sont « constitutionnalisées » en ce qu'elles ont dû se conformer aux normes édictées par le Conseil constitutionnel sur le fondement des énoncés, parfois assez vagues, de la Constitution, plus exactement de ce que l'on appelle le « bloc de constitutionnalité ». Mais pour qu'une branche du droit soit « constitutionnalisée » sans devenir pour autant du droit constitutionnel au sens matériel du terme c'est-à-dire l'organisation des pouvoirs publics, encore faut-il qu'elle soit présente dans la Constitution, autrement dit que celle-ci y fasse référence à travers des énoncés renvoyant à une notion, un domaine ou une matière. Certes, en vertu de ce que l'on pourrait appeler grossièrement le pouvoir d'interprétation du juge, nul n'ignore plus qu'il a la possibilité de donner à certains énoncés du texte de la Constitution une signification finalement assez libre et même pour le moins éloignée du domaine que l'on serait spontanément porté à lui accorder à première vue. Mais la référence explicite à un principe ou à un domaine dans le corps du texte constitutionnel ne peut lui en donner que plus de poids.

Qu'en est-il du patrimoine ? Il n'échappe pas à cette logique. Par patrimoine, notion polyvalente en droit, nous entendons le patrimoine matériel que l'on pourrait appeler « historique » ou « culturel » tel qu'il est défini à l'article L. 1 du code du patrimoine, adopté en 2004, et qui renvoie à « *l'ensemble des biens, immobiliers ou mobiliers, relevant de la propriété publique ou privée qui présentent un intérêt historique, archéologique, esthétique, scientifique ou technique* ». Or, si c'est en ce sens que l'on entend le patrimoine, alors ce dernier n'est pas présent dans la Constitution. Son entrée est évidemment possible – et l'on ajouterait même à titre personnel – souhaitable (I) mais elle ne ferait pas de sa protection une exigence constitutionnelle absolue insusceptible de souffrir aucune limite ou conciliation (II).

## **I – Une ouverture possible**

*Premier constat : une absence du patrimoine dans la Constitution*

Alors que nous venons de célébrer le soixantième anniversaire de l'adoption de la Constitution de 1958 laquelle s'est notablement transformée en six décennies, un fait n'a pas changé : aucune disposition constitutionnelle ne consacre explicitement la notion de patrimoine au sens mentionné dans le code du patrimoine. La seule disposition qui pourrait s'en rapprocher est l'article 75-1 qui dispose « *Les langues régionales appartiennent au patrimoine de la France* ». Mais cette reconnaissance explicite d'un « patrimoine de la France » se fait au bénéfice exclusif d'une notion immatérielle, isolée et très circonscrite que sont les langues régionales. Elle est en outre le produit d'un accident puisqu'elle date de la loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V<sup>e</sup> République et avait été pensée comme une réponse juridique au Conseil constitutionnel qui, confronté, en 1999, à la question de la constitutionnalité de la *Charte européenne des langues régionales* au titre de l'article 54 de la Constitution avait considéré qu'elle comportait une clause contraire à la Constitution<sup>4</sup>.

Reste le préambule de la Charte de l'environnement « adossée », selon l'expression consacrée, à la Constitution en 2005 et dont les juges constitutionnel (décision n 2008-564 DC du 19 juin 2008) comme administratif (CE, 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*) ont reconnu « pleine valeur constitutionnelle » et qui évoque « l'environnement » comme « *patrimoine commun des êtres humains* ». Mais, là encore, mais si la notion d'environnement peut-être très attractive, nous sommes loin du « patrimoine » au sens de l'article L1 du code du patrimoine qui renvoie, fût-ce implicitement, à la notion d'identité voire de civilisation.

*Second constat : une absence partiellement comblée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel*

Pour autant, le Conseil constitutionnel a, sur le fondement de dispositions plus larges, déjà eu l'occasion de se prononcer sur des questions relatives au patrimoine entendu dans l'acception qui nous intéresse qui font penser qu'il n'est, d'ores et déjà, pas absent de la Constitution si l'on entend par elle l'ensemble des normes auxquelles il confronte les lois qui lui sont soumises. On peut citer la décision récente 2017-687 QPC du 2 février 2018 aux termes de laquelle le Conseil constitutionnel a jugé, sur renvoi du Conseil d'État dans le cadre de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité, que le fait de soumettre à

---

<sup>4</sup> Décision 99-412 DC du 15 juin 1999, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, dans laquelle il avait jugé que tant « l'indivisibilité de la République » que le « principe d'unicité du peuple français », s'opposaient à ce que soient reconnus des droits collectifs à quelque groupe que ce soit, défini par une communauté d'origine, de culture, de langue ou de croyance".

autorisation préalable du gestionnaire l'utilisation à des fins commerciales de l'image d'immeubles s'inscrivant dans un domaine national n'était pas contraire à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété protégés par la Constitution<sup>5</sup>. Étaient au cause les dispositions de l'article L. 621-42 du code du patrimoine issues de la loi du 7 juillet 2016 qui prévoient que « l'utilisation à des fins commerciales de l'image des immeubles qui constituent les domaines nationaux, sur tout support, est soumise à l'autorisation préalable du gestionnaire de la partie concernée du domaine national ». Le Conseil a ainsi jugé qu'en les adoptant le législateur avait entendu protéger l'image des domaines nationaux afin d'éviter qu'il soit porté atteinte au caractère de biens présentant un lien exceptionnel avec l'histoire de la Nation et détenus, au moins partiellement, par l'État même s'il a également entendu permettre la valorisation économique du patrimoine que constituent ces domaines nationaux et avait, ce faisant, poursuivi des objectifs d'intérêt général et n'avait donc pas méconnu l'étendue de sa compétence, ni n'avait porté d'atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété et pas davantage méconnu le principe d'égalité devant la loi. Les griefs tirés de la méconnaissance des articles 2, 4 et 6 de la Déclaration de 1789 et de l'article 34 de la Constitution ont donc été écartés.

Ce que l'on nomme pudiquement la « valorisation » du domaine public à travers la liberté d'entreprendre rencontre donc des limites d'ordre constitutionnel qui sont celles de la protection de biens présentant un lien exceptionnel avec l'histoire de la Nation et détenus, au moins partiellement, par l'État, objectif qualifié « d'intérêt général » par le Conseil. Le patrimoine s'en trouve donc protégé contre un certain type d'exploitation mais, fait remarquable, sans référence expresse à une disposition de la Constitution évoquant précisément le patrimoine, prouvant au passage que notre système juridique peut concevoir une constitutionnalisation sans texte de la Constitution. Plus exactement, le juge constitutionnel intègre la protection sinon *du*, du moins *d'un* certain type de patrimoine dans l'équilibre qu'il cherche quand il est confronté à la conciliation d'intérêts contradictoires, en particulier à la liberté d'entreprendre, à la faveur de techniques bien connues du contentieux constitutionnel français. On peut donc considérer que l'absence de référence explicite au patrimoine historique dans la Constitution ne l'empêche pas de procéder à un contrôle de constitutionnalité de dispositions législatives pouvant être regardées comme défavorables au patrimoine par ses défenseurs ou au contraire trop favorables par ceux qui estiment qu'il doit céder devant certains

---

<sup>5</sup> Sur renvoi du Conseil d'État (CE, 25 octobre 2017, *Wikimedia France et la Quadrature du net*, n° 411005), relatif à l'article L. 621-42 du code du patrimoine issu de la loi du 7 juillet 2016.

principes à valeur constitutionnelle, par seul jugement de l'action du législateur dans ce domaine.

*Une notion toutefois formellement intégrable dans la Constitution*

Mais ce contrôle est forcément moins poussé que si la notion de patrimoine figurait dans la Constitution et non seulement les seuls « biens présentant un lien exceptionnel avec l'histoire de la Nation et détenus, au moins partiellement, par l'État » et qu'il était reconnu, lui aussi, par le Conseil comme « principe à valeur constitutionnelle ». Voilà ce qui conduit à penser que la notion de patrimoine historique, culturel et, plus largement, « civilisationnel » devrait faire son entrée dans la Constitution si c'est la signification que l'on entend donner à lui en « ouvrir les portes ». Comment ? Par une modification formelle du texte constitutionnel sur le fondement de l'article 89 qui consisterait à ajouter une phrase à l'article 1<sup>er</sup> : « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. ***Elle sauvegarde et promeut son patrimoine historique, culturel et ses paysages*** ».

Pourquoi ? Pour deux raisons qui sont aussi deux vertus :

Une *vertu symbolique* d'abord : on peut s'étonner et regretter que la seule mention du patrimoine de la France dans la Constitution soit relative aux langues régionales. Certes, l'on peut aussi convenir, avec l'historienne Mona Ozouf, « républicaine » ouverte à la diversité des identités et à leur coexistence harmonieuse contre un universalisme réputé aveuglement niveleur et englobant, que cette reconnaissance ne soit pas la négation de l'identité nationale<sup>6</sup>. Mais si une reconnaissance constitutionnelle est donnée aux langues régionales on ne voit pas pourquoi la refuser au patrimoine matériel et tangible de la nation ? Pourquoi n'évoquer le « patrimoine de la France » qu'à propos des langues régionales et donc le restreindre à elles. Pourquoi ne pas aller jusqu'au bout de la logique et reconnaître juridiquement comme patrimoine autre chose que les langues régionales lesquelles, s'il est possible de considérer qu'elles y ont *toute leur place*, ne sauraient prétendre occuper *toute la place* ? La présence du patrimoine historique, culturel et paysager dans la Constitution ne ferait d'ailleurs que lui

---

<sup>6</sup>« *Que serait un individu sans déterminations ? Nous naissons au milieu d'elles, d'emblée héritiers d'une nation, d'une région, d'une famille, d'une race, d'une langue, d'une culture. Ce sont elles qui constituent et nourrissent notre individualité* », écrit-elle, *Composition française. Retour sur une enfance bretonne*, Folio, 2010, p. 252.

rendre son sens. Qu'est-ce qu'une Constitution sinon un texte par lequel s'affirment les principes sur lesquels un peuple fonde son contrat social, par laquelle il choisit son régime et les valeurs auxquelles il est attaché ? Son intégration témoignerait de l'attachement charnel des français à leur patrimoine dans leur pacte d'association, celui qui pose l'identité de l'Etat républicain. Après tout, n'est-ce pas le Conseil constitutionnel lui-même qui a forgé la notion, certes ambiguë dans son fondement et ses usages, « d'identité constitutionnelle de la France » (décision n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006) autre manière de faire allusion à son « patrimoine constitutionnel » de la France, comme frein possible à la transposition de directives européennes pourtant reconnues comme ayant une portée impérative sur le fondement de l'article 88-1 de la Constitution ?

Une *vertu juridique* ensuite : l'intégration du patrimoine dans la Constitution pourrait constituer une protection pour le patrimoine concret et sa constitutionnalisation créer un cercle vertueux en permettant de le hisser au rang « principe à valeur constitutionnelle » donc à haute valeur normative. Elle deviendrait un énoncé juridique dont il serait possible de déduire des normes de comportement respectueuses du patrimoine pour le législateur et le pouvoir normatif en règle générale, tant dans le contrôle *a priori* que dans le contrôle *a posteriori* des lois. Il pourrait en naître une jurisprudence contraignante de la part du Conseil constitutionnel. Elle permettrait aussi à des droits subjectifs d'être revendiqués et reconnus en justice à la faveur de procès particuliers via la QPC afin de promouvoir une défense du patrimoine historique et culturel du pays qui ne se bornerait pas aux seuls « biens présentant un lien exceptionnel avec l'histoire de la Nation et détenus, au moins partiellement, par l'État » mais pourrait s'étendre à tout le patrimoine, public comme privé, à commencer par le « petit patrimoine », celui qui fait la richesse de nos villes et de nos campagnes. Cette intégration serait d'autant plus nécessaire que même consacrée la défense du patrimoine ne serait pas sans limites.

## **II – Une solution toutefois partielle**

Les limites tiennent à celles de ce que l'on pourrait appeler les techniques du contentieux constitutionnel français et relèvent de la face cachée du rôle et du pouvoir du juge. Si la ressource textuelle serait là et si de larges conséquences normatives pourraient être tirées, elles le seraient toutefois dans le cadre de techniques contentieuses bien rôdées qui sont aussi autant de limites.

D'abord parce que le Conseil constitutionnel, saisi en dernière instance des questions de constitutionnalité de la loi, continuerait de pratiquer avec le

patrimoine la technique de la conciliation qu'il met en œuvre avec les autres « principes à valeur constitutionnelle ». La formulation de la protection sous forme d'injonction ne permettrait pas de faire de la protection du patrimoine historique un « principe » ou une « valeur » constitutionnelle absolue. Si elle pourrait donner davantage de marge de manœuvre au législateur dans des entreprises de protection ou, au contraire, de le placer en situation de contraintes à respecter dans la législation sur le patrimoine historique quand il entreprend des modifications législatives, elle n'empêcherait pas la conciliation avec tous les principes « à valeur constitutionnelle », comme la liberté d'entreprendre également de rang constitutionnel (v. notamment les décisions 81-132 DC du 16 janvier 1982, 89-254 DC du 4 juillet 1989 n° 97-388 DC du 20 mars 1997, 99-423 DC du 13 janvier 2000) ou le droit de propriété (v. par ex la décision 2011-207 QPC du 16 décembre 2011), les deux grands adversaires constitutionnels potentiels du patrimoine. Le Conseil considère en effet qu'ils peuvent subir des limitations justifiées par l'intérêt général ou liées à des exigences constitutionnelles, à la condition que lesdites limitations n'aient pas pour conséquence d'en dénaturer la portée ou ne soient pas disproportionnées par rapport à l'objectif poursuivi, portée et disproportion dont il est le seul juge.

Ainsi, lors du contrôle de la loi du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française dite « Toubon », le Conseil constitutionnel avait considéré sur le fondement de la disposition de l'article 2 de la Constitution qui pose, depuis la loi constitutionnelle du 15 juin 1992, que « La langue de la République est le français », qu'« il incombait au législateur d'opérer la conciliation nécessaire entre ces dispositions d'ordre constitutionnel et la liberté de communication et d'expression proclamée par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen », cette liberté impliquant « le droit pour chacun de choisir les termes jugés par lui les mieux appropriés à l'expression de sa pensée » et que puisque « la langue française évolue, comme toute langue vivante », il était possible d'intégrer dans le vocabulaire usuel des termes de diverses sources, qu'il s'agisse d'expressions issues de langues régionales, de vocables dits populaires, ou de mots étrangers » (décision 94-345 du 29 juillet 1994). Il est fort probable qu'en l'état de la jurisprudence, il n'en irait pas autrement pour la protection du patrimoine devant se concilier avec le droit de propriété, la liberté d'entreprendre ou encore l'objectif à valeur constitutionnelle de « simplification du droit » et dans des proportions que l'on ne saurait définir à l'avance la conciliation ne voulant pas toujours dire équilibre dans la jurisprudence du Conseil. Qui ignore que le contexte actuel y porte s'agissant de ce dernier ukase quelques mois après la publication du décret 2018-617 du 17 juillet 2018 portant modification du code de justice administrative et du code de l'urbanisme destiné à « lutter » contre les

« recours abusifs » en matière d'urbanisme et de construction qui traduit certaines propositions du rapport « *Pour un contentieux des autorisations d'urbanisme plus rapide et plus efficace* » rendu au ministre de la cohésion des territoires par Mme Christine Maugué début 2018.

Ensuite, parce que le Conseil constitutionnel demeurerait libre, lui et les autres juges potentiellement saisis, à commencer par le Conseil d'Etat juge de la constitutionnalité des actes administratifs, en particulier des décrets, et filtre de la transmission des questions prioritaires de constitutionnalité, de pratiquer l'interprétation des énoncés constitutionnels et de déterminer leur signification. En effet, rien ne permet de dire quels effets normatifs pourraient être tirés d'un énoncé. Car reste à savoir ce qu'un interprète, notamment juridictionnel, pourrait faire de cette injonction à protéger le patrimoine. Quelle signification pourrait donner un juge à cet énoncé prescriptif sous forme d'injonction à « sauvegarder et promouvoir le patrimoine historique, culturel et paysager de la République » ? Elle n'est pas donnée d'avance. Que déciderait-il qu'elle signifie ? Que lui ferait-elle dire ? Quel type de conséquences pourrait en être tiré ? Bref, quel usage pourrait en faire un juge ? La réponse ne peut venir que d'une interprétation, c'est-à-dire d'une construction, qui serait elle-même le produit d'une confrontation avec d'autres normes constitutionnelles où le juge aurait sa part décision donc de volonté. Les juristes savent que l'on peut tirer beaucoup d'un texte très mince en vertu du pouvoir d'interprétation et très peu d'un texte réputé « clair » comme l'a montré l'usage de la Charte de l'environnement par le Conseil d'Etat, en particulier avec l'interprétation du « principe de prévention » garanti par son article 3. On sait que ce dernier dispose que « *toute personne doit, dans les conditions définies par la loi, prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut, en limiter les conséquences* ». On sait aussi ce que le Conseil d'Etat a fait de cette injonction. Conduit à se prononcer sur la portée de ces dispositions dans une décision d'Assemblée *Fédération nationale de la pêche en France* (12 juillet 2013, n°344522) qui apporte notamment des précisions sur la répartition des compétences entre loi et règlement ainsi que sur les limites du contrôle du juge administratif dans ce domaine, il a indiqué qu'il incombait au législateur et, dans le cadre défini par la loi, au pouvoir réglementaire et aux autres autorités administratives, de déterminer les modalités de mise en œuvre de ces dispositions constitutionnelles et qu'il ne pouvait donc être invoqué directement. Comme le souligne le Conseil d'Etat lui-même : « En vertu de l'article 34 de la Constitution et de l'article 3 de la Charte, il appartient au législateur de déterminer les principes fondamentaux de la préservation de l'environnement et de définir le cadre de la prévention et de la limitation des conséquences des atteintes à l'environnement. La conformité de telles dispositions législatives à l'article 3 de la Charte ne peut être contrôlée que par le juge constitutionnel. Le juge administratif n'en connaît pas en-dehors de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité prévue à l'article 61-1 de

la Constitution. Il ne lui appartient de contrôler la conformité des dispositions réglementaires d'application à l'article 3 de la Charte que dans la mesure où elles ne se borneraient pas à tirer les conséquences nécessaires de la loi. Lorsque le pouvoir réglementaire s'en tient à appliquer les dispositions législatives, celles-ci font « écran » au contrôle de constitutionnalité du juge administratif ». Autant dire qu'une injonction constitutionnelle n'a guère de valeur en elle-même indépendamment de celle que lui donneront ses interprètes et notamment le juge constitutionnel.

\*\*\*

\*

La protection du patrimoine passe donc certainement par sa constitutionnalisation si l'on entend par là son introduction dans le texte de la Constitution car elle permettrait de le hisser à un niveau symbolique et normatif élevé rendant plus difficiles les mauvais coups qu'on voudrait lui porter. Mais cette injonction constitutionnelle à sa protection n'en devrait pas moins être conciliée avec d'autres principes à valeur constitutionnelle dont le juge est libre de déterminer la teneur en vertu de sa politique jurisprudentielle. Or, pour que le patrimoine gagne la bataille de la conciliation, sa défense va au-delà de sa constitutionnalisation. Elle passe aussi une appropriation de celui-ci dans la conscience collective à laquelle est sensible le juge comme toute création humaine afin qu'il décide d'en faire une *priorité*. Mais c'est alors davantage une question de conscience qu'une question de droit.